This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 930 043

Die Zukunft

der österreichischen

Privatrechtswissenschaft.

Eine akademische Antrittsvorlesung, gehalten
an der Universität Wien, am 4. November 1907

von

Prof. Dr. Moriz Wellspacher.

Wien, 1907.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

HD
AUS
910
WEL
Digitized by Google

Bd Mar. 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6 1920

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Zukunft

der österreichischen

Privatrechtswissenschaft.

Eine akademische Antrittsvorlesung, gehalten
an der Universität Wien, am 4. November 1907

von

Prof. Dr. Moriz Wellspacher.

Wien 1907.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

OCT 6 1920

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Hochansehnliche Versammlung!

Ich möchte in meiner Antrittsvorlesung über die Zukunft der österreichischen Privatrechtswissenschaft sprechen. Es liegt mir dabei natürlich ferne, den Propheten spielen zu wollen; nur einige Schlüsse möchte ich ziehen auf die nächste Zukunft, Schlüsse, die sich stützen auf die Erfahrungen der Vergangenheit.

Wenn wir auf die Geschichte der österreichischen Zivilistik seit dem Inkrafttreten unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zurückblicken, so lassen sich deutlich vier verschiedene Perioden erkennen.[1])

Die Männer der ersten Periode, Zeiller, Pratobevera u. a. haben das Gesetzbuch entstehen gesehen, zum Teile selbst daran mitgearbeitet. In ihnen lebt noch das ältere Recht, aus dem unser Gesetzbuch emporgewachsen ist, das Naturrecht, das gemeine Recht des 18. Jahrhunderts. Dieses Recht füllt für die Zeitgenossen die Lücken unseres immerhin dürftigen und sparsamen Gesetzbuches, es ist der natürliche Hintergrund, von dem sich die Rechtssätze des bürgerlichen Gesetzbuches abheben, mit Rücksicht auf welchen sie verstanden werden. Die Rechtswissenschaft dieser Zeit macht jenen harmonischen und in sich geschlossenen Eindruck, der einem bodenständigen Kulturprodukte eigentümlich ist.

Die zweite Periode ist charakterisiert durch die Loslösung des österreichischen Privatrechts von dem Boden, auf dem es entstanden ist. Das ältere Recht gerät in Vergessenheit, man will mit dem Gesetzbuche allein auskommen, das Gesetz lediglich aus sich heraus erklären. Es beginnt die Zeit der reinen Paragraphenjurisprudenz, der völlige Abschluß gegenüber dem gemeinen Rechte

[1]) Vgl. Unger, über den Entwicklungsgang der österreichischen Ziviljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Jahrb. d. d. Rechtsw., I., S. 353 ff.; Schey, über den redlichen und unredlichen Besitzer im österr. BGB., S. 4 f.

Digitized by Google

und damit auch gegenüber der deutschen Rechtswissenschaft. Es ist das zugleich die Zeit des tiefsten Verfalles der österreichischen Privatrechtswissenschaft. Mit voller Klarheit hat sich damals gezeigt, daß die österreichische Zivilistik, auf sich gestellt, nicht lebensfähig ist.

Die dritte Periode wurde eingeleitet durch Ungers System des österreichischen Privatrechts. Kaum jemals hat ein wissenschaftliches Werk einen so gewaltigen Umschwung mit sich gebracht, wie dieses Buch. Die reichen Forschungsergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft, insbesonders der romanistisch-historischen Schule, wurden hier zum ersten Male für das österreichische Recht verwertet, der Zusammenhang mit der deutschen Rechtswissenschaft war wieder hergestellt. Mit einem Schlage war die österreichische Zivilistik zu neuem Leben erwacht.

Zugleich geschah aber noch etwas anderes. Unserem BGB. wurde durch Ungers System ein neuer theoretischer Hintergrund gegeben und dieser neue Hintergrund ist das gemeine Recht der historischen Schule. Es handelt sich hier nicht etwa um ein Zurückgehen auf die historischen Quellen unseres Gesetzes, auf das gemeine Recht des 18. Jahrhunderts, sondern um einen Aufbau des österreichischen Rechtes auf einem neuen Boden, auf dem des gemeinen Rechtes, wie es die historische Schule gelehrt hat. Ich muß schon hier mit Rücksicht auf meine späteren Schlußfolgerungen nachdrücklich betonen, daß dieses gemeine Recht der historischen Schule gegenüber dem gemeinen Rechte des 18. Jahrhunderts, aus dem unser Gesetzbuch entstanden ist, ein ganz neues und dem Geiste nach fremdes Recht bedeutet. Während das ältere gemeine Recht von deutschrechtlichen und naturrechtlichen Gedanken völlig durchsetzt und zersetzt ist, lehrte die historische Schule im wesentlichen das von ihr neu entdeckte, reine klassische römische Recht.

Diese Epoche bringt eine völlige Romanisierung unseres Privatrechts mit sich. In die zahlreichen Lücken unseres Gesetzbuches ergießt sich der breite Strom des neuen gemeinen Rechtes; ja noch mehr, die Normen des Gesetzes wurden so weit als mög-

Digitized by Google

lich im romanistischen Sinne verstanden und nicht selten gewaltsam in diesem Sinne umgedeutet. Eine neue Rezeption des römischen Rechtes hat in dieser Zeit stattgefunden, eine Rezeption vielleicht in einem tieferen Sinne als es die ursprüngliche gewesen ist. Denn jetzt hielt der Geist des römischen Rechtes Einzug in das moderne Rechtsleben, während die ursprüngliche Rezeption — besonders bei uns in Österreich — nicht viel mehr gewesen ist, als ein Umgießen nationalen Rechtsstoffes in römische Rechtsformen und Denkformen.[2])

Unger selbst hat später die Mängel seines Werkes erkannt und der österreichischen Privatrechtswissenschaft neue Wege gewiesen. „Befreiung von den Fesseln der romanistischen Schuldoktrin, unabhängigere Auffassung und freiere Darstellung" des modernen Rechtes[3]), das ist das neue Programm, das den Beginn der vierten Periode bezeichnet. Eine Reihe hervorragender Gelehrter hat an der Durchführung dieser Aufgabe gearbeitet. Ich darf hier vor allem meines hochverehrten Vorgängers auf dieser Lehrkanzel gedenken. In rastloser Arbeit war Leopold Pfaff bestrebt, dem wahren Sinne unseres Gesetzes voll gerecht zu werden und den modernen Gedanken zum Durchbruche zu verhelfen, die in unserem Gesetzbuche stecken. Wenn die reiche wissenschaftliche Tätigkeit Pfaffs mit einem Schlagworte charakterisiert werden darf, so heißt dieses Wort Gesetzestreue. Unser BGB. ist kaum jemals mit so hingebender Gewissenhaftigkeit interpretiert, so treu in seinem ursprünglichen Sinne gelehrt worden, wie durch Leopold Pfaff.

Auch diese vierte Periode hat den Zusammenhang mit der deutschen Rechtswissenschaft, den Unger angebahnt hatte, aufrecht erhalten. Auch in dieser Epoche waltet der Geist der deutschen Rechtswissenschaft, auch in dieser Epoche ist das wissenschaftliche Rüstzeug, das juristische Alphabet, die juristische Technik, Konstruktion und System, im wesentlichen dem gemeinen Rechte entnommen. Freilich ist es nicht mehr das engherzige gemeine

[2]) Vgl. meine Versio in rem, S. III f. u. 1 ff.; Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus in Grünhuts Ztschr., Bd. 31, S. 694.

[3]) Unger, in Grünhuts Ztschr., Bd. 15, S. 676.

Digitized by Google

Recht der älteren historischen Schule, an das man Anschluß sucht, sondern vorwiegend jene freiere und modernere Richtung, die durch Heinrich Dernburg repräsentiert wird.

Um die Wende des 19. Jahrhunderts ist nun ein Ereignis eingetreten, welches zunächst die deutsche Rechtswissenschaft berührt, das aber auch für uns von folgenschwerer Bedeutung ist. Im Jahre 1900 ist in Deutschland ein neues BGB. in Kraft getreten. Damit ist das gemeine Recht ein totes Recht geworden, die gewaltigen Triebkräfte, welche tätig waren, um das römische Recht dem modernen Rechtsleben anzupassen, sind weggefallen, das gemeine Recht hat seine Entwicklungsfähigkeit verloren. Wir müssen fragen, kann dieses Recht, in dem die Pulse des Lebens nicht mehr zu spüren sind, in dem Sinne, wie bisher, die Grundlage unserer Privatrechtswissenschaft bleiben? Und ferner: Die Arbeit der deutschen Rechtswissenschaft hat sich vom gemeinen Rechte weg dem deutschen Gesetzbuche zugewendet, das zum größten Teile eine neue juristische Technik, neue Kategorien und Begriffe mit sich gebracht hat. Wir stehen somit heute neuerdings an dem Punkte, den Zusammenhang mit der deutschen Rechtswissenschaft zu verlieren und die Erfahrungen der Vergangenheit berechtigen uns zu der weiteren Frage, ob wir nicht wieder vor der Gefahr einer Stagnation stehen.

Die Möglichkeit freilich, daß wir wiederum in die trostlose Paragraphenjurisprudenz der zweiten Periode verfallen könnten, ist heute kaum mehr zu befürchten, aber gewisse Symptome deuten auf eine Gefahr in der entgegengesetzten Richtung.

Ein solches Symptom glaube ich zu erkennen in der Rechtsprechung unserer Gerichte. Wer die Rechtsprechung unseres Obersten Gerichtshofes während des letzten Dezenniums aufmerksam verfolgt hat, wird ohne weiteres zugestehen müssen, daß der größte Teil der Entscheidungen dem Resultate nach zutreffend ist, unserem Rechtsbewußtsein entspricht. Der OGH. steht den Bedürfnissen des Lebens im allgemeinen mit offenen Augen gegenüber, seine Entscheidungen zeugen von einem gesunden Wirklichkeitssinn.

Digitized by Google

Ganz anders aber steht es mit der Begründung der Entscheidungen. Allzuhäufig begnügt sich der OGH. mit dem guten Gewissen, das Richtige getroffen zu haben, oder deutlicher gesprochen, richtiges Recht gefunden zu haben und macht sich mit der Begründung der Entscheidung aus dem Gesetze sehr wenig Sorge. „Hilf, was helfen kann", das ist die Devise, unter der so manche Entscheidung des OGH. erflossen ist. Bei einer derartigen Rechtsprechung kommt es natürlich oftmals vor, daß eine Rechtsnorm unseres BGB. in dem einen Falle in dem, in einem anderen Falle im entgegengesetzten Sinne interpretiert wird, je nachdem es das Gericht für nötig findet, um zu der von ihm gewollten Entscheidung zu gelangen. Dabei ist es gar nicht ausgeschlossen, daß beide Entscheidungen zutreffend sind und sich auch aus dem Gesetze begründen lassen; aber es ist nicht der richtige theoretische Weg gefunden, um Widersprüche zu vermeiden. Die Begründungen begnügen sich oft mit dem zunächstliegenden und daher oberflächlichen, sie sind rein ad hoc erfunden, zur gedeihlichen Entscheidung des einzelnen Falles und lassen die Rücksicht auf den Zusammenhang der Rechtssätze und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung völlig außer acht. Die Folge davon sind die zahllosen Widersprüche in der Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtes, Widersprüche, die sich meist gar nicht aus den Entscheidungen selbst, sondern aus der mangelhaften theoretischen Begründung derselben ergeben.

Eine derartige Rechtsprechung ist in hohem Grade bedenklich. Sie erzeugt nicht nur eine tiefgreifende Rechtsunsicherheit, sie macht auch eine gesunde und stetige Fortbildung des Rechts nahezu unmöglich.

Diese Schwächen unserer Rechtsprechung lassen sich nicht verdecken und nicht leugnen. Sie sind ja bis zu einem gewissen Grade sogar offiziell anerkannt worden in dem Motivenberichte zu dem jüngst erflossenen Gesetze betreffend die Ausübung der Gerichtsbarkeit bei den Oberlandesgerichten und dem Obersten Gerichtshofe. Das genannte Gesetz sucht den Übelständen abzuhelfen durch eine Entlastung der Gerichte. Die Entlastung der

Digitized by Google

Gerichte ist ja nun gewiß eine der ersten Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Verbesserung der Rechtspflege. Aber der Hauptgrund liegt tiefer und kann durch die Entlastung allein nicht beseitigt werden. Er liegt, wie ich glaube, darin, daß uns die Rechtsentwicklung seit einiger Zeit über den Kopf gewachsen ist, daß wir sie mit dem alten Rüstzeug, welches uns das gemeine Recht zur Verfügung stellt, überhaupt nicht mehr theoretisch zu meistern vermögen.

Die Gerichte fühlen, daß sie den neuen Anforderungen der Zeit nicht Gewalt antun dürfen durch starres Festhalten an veralteten Dogmen und Rechtssätzen. Der innige Zusammenhang, den unsere Zivilprozeßordnung zwischen dem Richter und dem Rechtsleben hergestellt hat, zwingt die Gerichte mit der ganzen Wucht des drängenden Lebens auf neue Pfade. Aber es fehlt den Gerichten die Kraft, jene theoretische Arbeit zu leisten, welche notwendig ist, um die fortschreitende Entwicklung mit dem Gesetzestexte in Einklang zu bringen, es fehlt ihnen die Kraft, die Rechtsbildung einheitlich zu gestalten und juristisch zu beherrschen.

Man wird mir hierauf erwidern: kehren Sie gefälligst vor Ihrer eigenen Türe; das alles ist ja in erster Linie Sache der Theorie. Nun ich glaube allerdings, daß wir Theoretiker diesen Vorwurf nicht so ohne weiteres zurückweisen dürfen. Detailarbeiten und Monographien — sie mögen noch so wertvoll sein — vermögen jenem Mangel nicht abzuhelfen. Was uns nottut, das ist die zusammenfassende, systematische Bearbeitung großer Rechtsgebiete; nur auf diesem Wege können wir wieder zu einer theoretischen Beherrschung der Rechtsentwicklung gelangen. Und da müssen wir gestehen, daß seit dem Ende der romanistischen Periode nur ein einziger Versuch einer Synthese des österreichischen Rechtes in großem Stile gemacht wurde — das Krainzsche System. Auch dieses Werk ist bis in die jüngste Zeit ein Torso geblieben und erst in seiner neuesten Form kann es einigermaßen den Anspruch auf ein geschlossenes System erheben. Aber alle ausgezeichneten Eigenschaften dieses Buches können die tiefe Kluft nicht übersehen lassen, welche zwischen den alten gemeinrechtlichen

Digitized by Google

Grundlagen des Krainzschen Systems und dem lebenden Rechte klafft, das in den neueren Entscheidungen unserer Gerichte vergeblich nach Sprache ringt. Das Problem, dieses neuen Rechtes mit den herkömmlichen gemeinrechtlichen Theorien und Begriffen Herr zu werden, ist noch nicht gelöst, und ich glaube, es ist für uns, seitdem das gemeine Recht ein totes Recht geworden ist und seitdem wir die Mithilfe der deutschen Rechtswissenschaft entbehren müssen, auch nicht mehr lösbar.

Die früher besprochenen Erscheinungen in der Rechtsprechung unserer Gerichte sind umso bedenklicher, als sie einen Rückhalt finden in einer modernen Strömung, welche die freie Rechtsfindung auf ihre Fahne geschrieben hat. Sie liefert gleichsam das gute Gewissen für jene Entscheidungen der Gerichte; denn diese Strömung steht, wenigstens in ihren extremen Richtungen, aller juristischen Technik, allem Konstruieren und Systematisieren, aller juristischen Verstandesarbeit feindlich gegenüber und verkündet das Rechtsgefühl des Individuums als den letzten Schluß aller Weisheit.

Es ist hier, wie so oft, ein guter Gedanke durch maßlose Übertreibung zu Tode gehetzt worden. Gerade wir in Österreich, die wir mit einem fast hundert Jahre alten BGB. arbeiten müssen, das vor dem Aufkommen des modernen Kapitalismus mit seinen gewaltigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umwälzungen entstanden ist, konnten uns seit langem nicht mehr verhehlen, daß jene Verschiebung der Machtverhältnisse eine weitgehende Wandelung unseres Gesetzesinhaltes herbeigeführt hat, daß heute wenige Bestimmungen unseres Gesetzes mehr in ihrem ursprünglichen Sinne verstanden werden, daß durch die Mittel der juristischen Kunst viele veraltete Rechtsnormen des BGB. neuen Verhältnissen angepaßt und Lücken des Gesetzes mit neuem Rechte erfüllt wurden. Das ist ein naturnotwendiger Vorgang über dessen Berechtigung zu streiten zwecklos wäre.[4]) Diese richtige Erkenntnis und die Schwierigkeit, theoretisch die Grenze festzulegen, bis zu welcher eine derartige Anpassung des

[4]) Vgl. meine Versio in rem S. VI f.

Digitized by Google

Gesetzes möglich und zulässig ist, hat einige Fanatiker der Konsequenz dazu verleitet, einen schrankenlosen richterlichen Voluntarismus zu predigen, der angesichts unserer heutigen Gerichtsorganisation und des hochgespannten Subjektivismus der höher gebildeten Kreise, denen die Richter entnommen werden, gemeingefährlich zu werden droht.[5])

Wenn die österreichische Jurisprudenz nicht die Kraft findet, die neuen Rechtsgedanken, welche das Leben in unerschöpflicher Fülle täglich hervorbringt, theoretisch zu verarbeiten und in den Rahmen des Gesetzes einzufügen, so wird man allmählich aus der Not eine Tugend machen, die Rechtspechung wird eine freie, ja eine willkürliche und impressionistische werden und die ganze Privatrechtswissenschaft wird schließlich als überflüssiger Plunder beiseite geworfen werden.

In dieser Richtung liegt die Gefahr, die der österreichischen Zivilistik seit ihrer Lostrennung von der deutschen droht.

Ich stehe mit meinen Befürchtungen nicht ganz allein. Schon vor einigen Jahren hat Strohal gelegentlich eines Artikels über Revision unseres BGB.[6]) die Besorgnis ausgesprochen, daß in Österreich „ein ähnlicher Zustand der Stagnation und wissenschaftlichen Verarmung" eintreten könnte, wie in der Zeit vor Unger. Er hat gerade aus diesem Grunde die Schaffung eines neuen BGB. für Österreich gefordert. Eine abermalige Renaissance des österreichischen Privatrechtes könne es nur geben, wenn der Privatrechtsstoff gesetzgeberisch umgegossen und neu gestaltet werde.

Eine Abhilfe auf diesem Wege wäre nur möglich, wenn für Österreich ein juristisch-technisch hochstehendes, auf streng wissenschaftlichen Grundsätzen aufgebautes Gesetz nach dem Muster des

[5]) Die besonneneren Elemente der neuen Bewegung blasen bereits zum Rückzuge. So insbesonders Geny, einer der Pfadfinder und bedeutendsten Vertreter der neuen Richtung. In seinem Aufsatze im Livre du centenaire du code civil II S. 1022 bemerkt er: Et certains indices annonceraient plutôt que nous sommes près d'en arriver à un point ou le subjectivisme du juge doive être bridé dans une mesure à définir, par les procédés d'une rédaction plus précise de la loi.

[6]) Neue Freie Presse Nr. 14.285, 1904.

Digitized by Google

deutschen BGB. geschaffen würde, das der Rechtswissenschaft als Stütze dienen könnte.

Für ein derartiges Gesetzbuch besteht aber heute in Österreich wenig Verständnis und noch weniger für den Gedanken, die Gesetzgebungsmaschine zur Hebung der Wissenschaft in Bewegung zu setzen. Franz Klein hat gewiß einer allgemeinen Stimmuug Ausdruck gegeben, wenn er hinsichtlich der Revision folgende Leitsätze aufstellte:[7]) „Ich meine, daß wir diesmal den Fachmenschen in uns und dessen theoretische Forderungen unbarmherzig werden zurückdrängen müssen, wenn die Revision nicht vorweg etwas Hoffnungsloses sein soll . . . Die Revision muß praktisch Fühlbares bringen. Sie muß vom Drucke befreien, wo man ihn heute gezwungen erduldet, muß Verbesserungen bieten, die sofort als solche einleuchten: größtmögliche Einfachheit, Selbstverständlichkeit und Volkstümlichkeit der Änderungen ist als Losung auszugeben . . . Das Ziel der Revision wird sonach nicht ein nach heutigen Begriffen juristisch kunstgerechter Aufbau unseres BGB. sein, sondern lediglich Erhebung der Rechtsnormen zur Höhe der modernen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen, wo sie allzusehr hinter letzteren zurückgeblieben sind."

Mit Rücksicht auf diese Äußerung unseres Justizministers und alles andere, was über die Revision des BGB. bisher in die Öffentlichkeit gedrungen ist, dürfen wir demnach von der Revision eine Hilfe in unseren theoretischen Nöten nicht erwarten.

Die Abhilfe gegen die der österreichischen Privatrechtswissenschaft drohenden Gefahren muß daher auch auf einem anderen Wege gesucht werden. Der einzig mögliche Weg, den ich sehe, ist der, neuerlich Anschluß an die deutsche Rechtswissenschaft zu suchen und ihr auf den neuen Boden zu folgen, auf dem sie steht, auf den Boden des deutschen Gesetzbuches. Die deutsche Theorie des bürgerlichen Rechtes muß an jene Stelle treten, welche bisher das gemeine Recht der historischen Schule in der österreichischen Zivilistik eingenommen hat. Die neue deutsche Rechtswissenschaft müßte

[7]) Neue Freie Presse Nr. 14.261, 1904.

Digitized by Google

den Hintergrund bilden, von dem sich die Bestimmungen unseres Gesetzbuches abheben; es muß der Versuch gemacht werden, das österreichische Recht mit der deutschen Theorie so weit als möglich in Zusammenhang zu setzen, unser Gesetzbuch auf das deutsche Recht gleichsam abzustimmen. Dadurch wäre es dann möglich, die Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft für unser Recht unmittelbar zu verwerten, dadurch würden wir, was uns besonders nottut, wieder zu einer festumgrenzten juristischen Terminologie gelangen, damit würden wir einen theoretischen Rückhalt finden für eine zielbewußte Fortentwicklung unseres Rechtes. Wir würden uns dabei jeder Gewaltsamkeit zu enthalten haben, wir würden nicht wieder in die Fehler verfallen dürfen, welche die romanistische Periode begangen hat, wir können dabei unserem Gesetzbuche volle Gerechtigkeit widerfahren lassen.

Ich möchte nun sofort einem Einwande begegnen, der sehr nahe liegt. Man wird mir entgegenhalten, das gemeine Recht sei mehr als die theoretische Grundlage unserer Rechtswissenschaft, es sei auch Quelle des BGB. und schon aus diesem Grunde sei es unzulässig das gemeine Recht durch die neue deutsche Rechtswissenschaft zu ersetzen.

Gegenüber diesem Einwande kann ich auf bereits Gesagtes zurückgreifen. Quelle unseres Gesetzbuches ist die gemeinrechtliche Wissenschaft des 18. Jahrhunderts. Das gemeine Recht der historischen Schule ist nicht Quelle des BGB.; es ist mit dem gemeinen Rechte des 18. Jahrhunderts nur sehr weitschichtig verwandt.

Ja noch mehr, ich behaupte, daß das gemeine Recht des 18. Jahrhunderts seinem Geiste und Wesen nach dem neuen deutschen Gesetzbuche viel näher steht als dem gemeinen Rechte der historischen Schule. Das ist ja auch leicht zu erklären. Die Wirksamkeit der historischen Schule bedeutet, so weit sie das gemeine Recht betrifft, einen Bruch der Rechtskontinuität. Die alten Juristen des Usus modernus lehrten — größtenteils unbewußt — deutsches und modernes Recht im römischen Gewande, sie interpretierten das römische Recht tendenziös, um zu praktisch brauchbaren und dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechenden

Digitized by Google

Resultaten zu gelangen.[8]) Ihre Stütze bei dieser Anpassung bildet vielfach das Naturrecht. Im Naturrechte haben die Juristen des 18. Jahrhunderts ihre Gedanken darüber niedergelegt, was Recht sein sollte. Es ist das „richtige Recht" des 18. Jahrhunderts, das Ziel zugleich, dem jene Tendenzinterpretationen der gemeinrechtlichen Juristen zustreben und daher auch das wichtigste Hilfsmittel für die Erkenntnis des gemeinen Rechtes des 18. Jahrhunderts. Hier im Naturrechte konnten sich jene Rechtsgedanken frei entfalten, welche auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes nur in der Form sonderbarer Verzerrungen der römischen Rechtsinstitute und auffälliger Misverständnisse der römischen Quellen zutage treten. Das Naturrecht ist modernes Recht, es ist aber auch deutsches Recht und trotz seiner historischen Voraussetzungslosigkeit mit dem deutschen Rechte des Mittelalters durch ein starkes Band verknüpft, das ohne alle historische Kenntnis des deutschen Rechtes den inneren Zusammenhang mit der Vergangenheit verbürgt — das Band des deutschen Rechtsbewußtseins.

Die historische Schule hat nicht nur dem Naturrechte ein Ende gemacht, sondern auch alle jene Tendenzinterpretationen der gemeinrechtlichen Juristen als Misverständnisse verworfen und den Versuch gemacht, dem modernen Rechtsleben das reine römische Recht aufzuzwingen. Die Vergeblichkeit eines derartigen — unhistorischen — Versuches trat mit überzeugender Klarheit hervor, als man in Deutschland daran ging, ein neues bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen. Je mehr man dann im Verlaufe der Kodifikationsarbeiten unter dem Drängen der Kritik vom römischen Rechte abrückte, je mehr man modernem deutschen Rechtsempfinden Raum gab, desto näher mußte man natürlich dem Punkte kommen wo die Rechtskontinuität abgerissen hatte — dem Rechte des 18. Jahrhunderts.

Ich habe in meinen jüngsten Arbeiten[9]) für eine ganze

[8]) Vgl. meine Versio in rem S. IV ff.

[9]) Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906); Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus, Grünhuts Zeitschr. 31, S. 631 ff.

Digitized by Google

Reihe von Rechtsinstituten den Nachweis erbracht, daß die gemeinrechtlichen und naturrechtlichen Juristen des 18. Jahrhunderts die unmittelbaren Vorläufer des deutschen Gesetzbuches sind.

Nur einige Beispiele mögen Sie mir gestatten anzuführen.

Im modernen Rechte zieht der Gedanke immer weitere Kreise, daß dem Rechtsverkehre gegenüber gewisse äußere Erscheinungsformen von Rechten und Rechtsverhältnissen maßgebend sein sollen, daß der dritte in seinem Vertrauen auf jenen äußeren Schein zu schützen sei, wenn der Schein der wahren Rechtslage nicht entspricht. Das deutsche BGB. kennt eine Reihe hieher gehöriger Rechtssätze, die zum Teil im Anschlusse an deutschrechtliche Gedankengänge geschaffen wurden, zum Teile als ganz neue gesetzgeberische Taten galten. Da ist es nun gewiß interessant zu sehen, daß dieser Gedanke des Schutzes des Vertrauens auf äußere Tatbestände schon den naturrechtlichen und gemeinrechtlichen Juristen des 18. Jahrhunderts völlig geläufig war.

Die Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes, die Gleichstellung von Besitz und Grundbuch ist bereits im Codex Theresianus verwertet, sie wird auf das schärfste betont von der Kantschen Naturrechtsschule und wird von Zeiller bei der Beratung unseres Gesetzbuches als ein Grundpfeiler des Sachenrechtes bezeichnet.[10]) Dieser Gedanke ist durch die Tätigkeit der historischen Schule später in Vergessenheit geraten und mußte durch die germanistische Wissenschaft erst wieder neu entdeckt werden.

Ebenso ist die Publizitätsfunktion der Vollmachturkunde (§ 172, f. d. BGB.) schon im Rechte des 18. Jahrhunderts in der Lehre von der offenen Vollmacht ausgebildet.[11])

Die deutschrechtliche Fahrnisklage des deutschen BGB. (§ 1007) finden wir in der Form der condictio furtiva und der jüngeren Spolienklage im gemeinen Rechte des 18. Jahrhunderts, aus dem sie in den Codex Theresianus und mit gewissen Einschränkungen auch in unser BGB. übergegangen ist.[12])

[10]) Vertrauen usw. S. 121 ff.

[11]) a. a. O. S. 217 ff.

[12]) Publizitätsgedanke usw. passim; Vertrauen usw. S. 134 ff., 167 ff.

Digitized by Google

Überall führt hier die gerade Linie der Rechtsentwicklung aus dem älteren gemeinen Rechte und dem Naturrechte zum deutschen Gesetzbuche, während das gemeine Recht der historischen Schule eine Unterbrechung dieser Entwicklung bedeutet.[13])

Dürfen wir somit behaupten, daß das gemeine Recht des 18. Jahrhunderts mit dem neuen deutschen Rechte näher verwandt ist als mit dem gemeinen Rechte der historischen Schule, so gilt dies natürlich in noch viel höherem Maße von unserem Gesetzbuche selbst. Ich erinnere nur an die zahlreichen deutschrechtlichen Elemente, welche beiden Gesetzbüchern gemeinsam sind, vor allem die Grundbuchverfassung, ferner daran, daß das preußische Landrecht nicht nur Quelle unseres BGB. gewesen ist, sondern auch auf das deutsche BGB. von tiefgreifendem Einflusse war; ich erinnere daran, daß unser Gesetzbuch auf einzelnen Gebieten — insbesonders im Verwandtenerbrechte — dem deutschen BGB. unmittelbar als Vorbild gedient hat. Ich kann endlich darauf hinweisen, daß auch die zivilpolitische Atmosphäre, aus welcher die beiden Gesetzbücher hervorgegangen sind, ein Bindeglied zwischen ihnen bildet. Unser Gesetzbuch stammt seinem Wesen nach aus der Zeit des aufgeklärten Absolutismus, einer Zeit, die in ihrer Sorge für das allgemeine Wohl der heutigen sozialpolitischen Richtung viel näher steht, als dem streng individualistischem Rechte der historischen Schule.

Wenn man also die historische Entwicklung heranzieht, so spricht sie nicht gegen, sondern für meine Ansicht, daß die neue deutsche Rechtswissenschaft an jene Stelle treten müsse, welche bisher das gemeine Recht der historischen Schule in der österreichischen Zivilistik eingenommen hat.[14]) Es ist historisch nicht gerechtfertigt, es hat keinen Sinn und keinen Zweck mehr, uns

---

[13]) Vgl. meine Versio in rem S. IV ff., Publizitätsgedanke usw. S. 694.

[14]) Für das gemeinrechtliche Studium an unseren Universitäten würde sich daraus das Postulat ergeben, auf das deutsche bürgerliche Recht, als den Abschluß der gemeinrechtlichen Entwicklung, erhöhtes Gewicht zu legen. Gerade in pädagogischer Hinsicht ist das deutsche Gesetzbuch von unschätzbarem Werte.

Digitized by Google

theoretisch an ein totes Recht zu binden, das unserem Gesetzbuche ebenso fremd ist, wie dem heutigen Zeitgeiste.

Meine verehrten Herren, ich bin mir wohl bewußt, das ich mit meiner Forderung des engsten Anschlusses an die deutsche Rechtswissenschaft im Gegensatz stehe zu einer heute in Österreich weit verbreiteten Stimmung. Wir haben uns auf dem Gebiete des Zivilprozesses von dem deutschen Rechte getrennt und sind mit Erfolg neue Wege gegangen, wir wollen auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes nicht immer in fremdem Kielwasser segeln. Auch ich bin kein blinder Verehrer des deutschen Gesetzbuches — ich kann mich dafür auf meine Arbeiten berufen —; auch ich würde es nicht begrüßen, wenn wir ein neues Gesetzbuch nach dem Muster des deutschen BGB. erhalten würden; auch ich bin mir wohl bewußt, daß es nicht durchweg erfreuliche Erscheinungen sind, welche die neue deutsche Rechtswissenschaft zutage gefördert hat. Aber all das darf uns die Gefahr nicht übersehen lassen, die uns seit der Trennung von der deutschen Rechtswissenschaft droht, die Gefahr, daß unsere Zivilistik in einer gemütlichen Rechtsgefühlsduselei ihr Ende findet.

Theorie und Praxis wollen bei uns in Österreich die schöne Freiheit nicht missen, die unser Gesetz gewährt. Aber diese Freiheit darf nicht gepaart sein mit theoretischem Nihilismus, wenn sie nicht in Zügellosigkeit ausarten soll. Die festen theoretischen Bande zu schaffen, deren wir bei der Fortbildung unseres Rechtes bedürfen, dazu sind wir ohne Mithilfe der deutschen Rechtswissenschaft zu schwach. Die theoretische Arbeit ist bei uns auf zu wenig Köpfe gestellt, als daß das geleistet werden könnte, was notwendig ist. Das wird sich auch dann nicht ändern, wenn wir in Zukunft noch tschechische, italienische, slovenische und ruthenische Rechtsfakultäten erhalten sollten. Mehr als heute noch wird dann der engste Anschluß an die deutsche Rechtswissenschaft geboten sein, um unser Gesetzbuch und unser Recht als das zu erhalten, was es bisher gewesen ist: ein Werk deutschen Geistes, ein Produkt deutscher Kultur.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google